Die offene Handelsgesellschaft im Prozeß.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Herbert Mosebach
Referendar in Zwickau i. Sa.

ACAD. LIBRARY

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Teil.

1. Ist die offene Handelsgesellschaft rechtsfähig? 1
2. Ist die offene Handelsgesellschaft parteifähig? 6

Zweiter Teil.

1. Der Gerichtsstand der offenen Handelsgesellschaft . . . 13
2. Der Gesellschafter als Streitgenosse der Gesellschaft; Haupt- und Nebenintervention; Prozeß der Gesellschaft gegen den Gesellschafter 14
3. Die Vertretung der Gesellschaft im Prozeß. Die Leistung der Schiedseide 19
4. Einrede der Rechtshängigkeit und Klagänderung 20
5. Der nicht vertretungsberechtigte Gesellschafter als Zeuge im Gesellschaftsprozesse 23
6. Wechsel der Gesellschafter; Wegfall des gesetzlichen Vertreters; Auflösung der Gesellschaft 26

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0088

Literaturverzeichnis.

Arend, Die Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft. Leipzig 1904.

Bunsen, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1900.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. Stuttgart 1898.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. RG.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8. u. 9. Aufl. Tübingen 1906 u. 1908.

Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1905.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

v. Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsgesetzen. Bd. 6.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1903.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. München 1886.

Jaeger, Konkursordnung. Berlin 1902.

Jaeger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. Leipzig und Freiburg 1897.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Berlin 1901.

Neukamp, Handkommentar der Zivilprozeßordnung. Göttingen 1900.

Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. München 1887—1896.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, herausgegeben von Lutz. Würzburg 1858—1861.

Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Leipzig 1882.

Reincke, Die deutsche Zivilprozeßordnung. Berlin 1900.

Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Leipzig 1906.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 2. Aufl. München 1902.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1906.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 2. Aufl. Leipzig 1885.

Wilmowski u. Levy, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. Mit Kommentar und Anmerkungen. Berlin 1892.

Einleitung.

Viel umstritten ist die Frage nach der Stellung der offenen Handelsgesellschaft im Prozeß. Ist sie parteifähig oder ist sie es nicht? Es soll die Aufgabe der folgenden Seiten sein, die hauptsächlichsten Meinungen und Ansichten über diesen Streitpunkt einander gegenüberzustellen. Weiter soll versucht werden, an der Hand der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung einen gangbaren und praktischen Weg zu finden zur Lösung der schwierigen Frage.

Erster Teil.

1. Ist die offene Handelsgesellschaft rechtsfähig?

Die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht rechtsfähig. Das unterliegt keinem Zweifel.

Wenn das Handelsgesetzbuch in Satz 2 § 105 ausspricht: „Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung“, so wird damit die offene Handelsgesellschaft als Abart der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichnet. Daraus geht aber her-

vor, daß auch die offene Handelsgesellschaft kein selbständiges Rechtssubjekt, keine juristische Person ist.[1]) Denn bei denjenigen handelsrechtlichen Gesellschaften, denen durch gesetzliche Vorschriften Rechtspersönlichkeit verliehen ist, ist dies mit so unzweideutigen Worten geschehen, daß ein Zweifel an die Absicht des Gesetzgebers nicht aufkommen kann.[2])

Immerhin ist der Satz, die offene Handelsgesellschaft sei nicht rechtsfähig, nicht unbestritten. Für eine juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft sind unter anderen eingetreten Eccius in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Gaupp-Stein in seinem Kommentar zur Zivilprozeßordnung, wenn er behauptet, daß mindestens für das Gebiet des Prozeßrechts die offene Handelsgesellschaft ein von ihren Mitgliedern verschiedenes selbständiges Rechtssubjekt sei.[3]) Gaupp gründet diese Meinung auf den Wortlaut der §§ 124 Abs. 1 u. 2, 129 Abs. 4 HGB. Er führt aus:

„Auch die offene Handelsgesellschaft ist daher nach § 124 HGB. ein selbständiges Rechtssubjekt, und die

---

[1]) Staub a. a. O. S. 412 Anm. 8 zu § 105 S. 464; vgl. auch S. 256 der Denkschrift in Hahn-Mugdans Materialien.

[2]) vgl. § 210 HGB., § 320 HGB., § 17 GenG., § 13 GmbHG.

[3]) a. a. O. Bd. 2 S. 436 Anm. 3 zu § 736, Bd. 1 S. 139; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 407 Anm. 2 S. 734/35; vgl. auch die etwas konfusen Ausführungen Makowers a. a. O. Bd. 1 S. 226; auch Puchelt a. a. O. S. 199.

einzelnen Gesellschafter sind im Prozesse gesetzliche Vertreter der Gesellschaft, nicht ihrer Mitgesellschafter. Daß sie in § 105 HGB. als Gesellschaft bezeichnet und behandelt wird, ist deshalb ohne Bedeutung, weil § 105 HGB. auf die späteren Vorschriften verweist und § 124 eine dieser Abweichungen vom Gesellschaftsrechte enthält. Denn wenn nach § 124 Abs. 1 die Gesellschaft selbst im Grundbuche als Rechtssubjekt gilt, wenn nach § 124 Abs. 2 zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen — im Gegensatze zu § 736 ZPO. — ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich ist und nach § 129 Abs. 4 HGB. umgekehrt aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitel die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht stattfindet, so ist damit die bisher schon höchst bedenkliche Auffassung, daß die Gesellschafter selbst Parteien seien, unhaltbar geworden".

Die Vorschriften der §§ 124, 129 Abs. 4 HGB. verleihen aber der offenen Handelsgesellschaft durchaus nicht die Rechtsfähigkeit. Das ist auch im Gesetze deutlich genug zum Ausdruck gekommen; denn hätte der Gesetzgeber im § 124 HGB. sagen wollen, die offene Handelsgesellschaft sei ein Rechtssubjekt, so hätte er nicht geförmelt: „Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma . . .", sondern: „Die offene Handelsgesellschaft kann als solche . . ."

Das geht auch aus folgendem recht klar hervor:

Der Art. 87 preuß. Entw.[1]) eines HGB. lautet nämlich:

„Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden, sie kann auf ihren Namen Grundstücke und Forderungen erwerben".

Der erste Satz dieses Artikels wurde von der Nürnberger Kommission gestrichen, weil durch ihn der offenen Handelsgesellschaft juristische Persönlichkeit beigelegt würde, und es wurde beantragt, den ersten Teil des zweiten Satzes dahin zu ändern:

„Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma klagen und verklagt werden".

Aber auch aus § 129 Abs. 4 HGB. kann man die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft nicht herleiten. Wenn aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht stattfindet, so liegt das nicht daran, daß die Gesellschaft eine von den Gesellschaftern verschiedene selbständige juristische Person ist, sondern hat seinen Grund einfach darin, daß ein gegen die Gesellschaft erlangter Schuldtitel gegen die Gesellschafter insofern nicht Rechtskraft wirkt, als die einzelnen Gesellschafter dem Gläubiger der Gesellschaft gegenüber noch ihre persönlichen Befreiungsgründe (Erlaß und Stundung) vorbringen können.

---

[1]) Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgem. deutschen HGB. S. 222 u. 274 ff.

Und § 124 Abs. 2 HGB. besagt weiter nichts, als daß zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft ein vollstreckbarer Schuldtitel vorliegen muß. Das beweist absolut nichts dafür, daß die offene Handelsgesellschaft ein selbständiges Rechtssubjekt sei, sondern der genannte Paragraph zieht einfach die Folgerungen aus dem Vorhandensein eines vom Privatvermögen der Gesellschafter verschiedenen Gesellschaftsvermögens (§ 718 BGB.), an dem die Gesellschafter Miteigentümer zur gesamten Hand sind.

Die Trennung von Gesellschaftsvermögen und Vermögen der Gesellschafter besteht nicht darin, daß das Privatvermögen der Gesellschafter dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger entzogen wird, sondern daß ihnen das Gesellschaftsvermögen reserviert ist.[1]) Bilden z. B. dieselben Personen mehrere offene Handelsgesellschaften, so dürfen nicht die Gläubiger der einen Gesellschaft das Vermögen der anderen in Anspruch nehmen.

Andere Vorschriften des Handelsgesetzbuchs als die eben angezogenen §§ 124, 129 Abs. 4 gibt es aber nicht, aus denen, entgegen der Bestimmung des § 105 Abs. 2 HGB., auf eine juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft geschlossen werden könnte.

Auch die Judikatur des höchsten deutschen Gerichtshofes, des Reichsgerichts, steht auf dem Stand-

---

[1]) Jaeger, Konkurs der off. HG. S. 5; Hahn-Mugdan, Denkschr. S. 264 (90).

punkte, daß die offene Handelsgesellschaft kein selbständiges Rechtssubjekt ist, und hat dies in einer großen Anzahl von Entscheidungen ausgesprochen.[1])

2. Ist die offene Handelsgesellschaft parteifähig?

Rechtsfähig ist also die offene Handelsgesellschaft nicht. Wie steht es nun mit ihrer Parteifähigkeit? § 50 ZPO. besagt in seinem Abs. 1: „Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist".

Rechtsfähig sind nur natürliche und juristische Personen. Da die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist, so spricht § 50 Abs. 1 ZPO. klipp und klar aus, daß die offene Handelsgesellschaft nicht parteifähig ist.[2])

Trotzdem hat die entgegengesetzte Meinung in Literatur und Rechtsprechung eine weite Verbreitung gefunden. Man hat auf den verschiedensten Wegen den Versuch gemacht, die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft zu konstruieren.

So steht naturgemäß auf Grund seiner Ansicht, daß die offene Handelsgesellschaft mindestens für das Ge-

---

[1]) RG. Bd. 36 S. 139, Bd. 32 S. 398, Bd. 17 S. 367, Bd. 45 S. 341; RG. in Strafs. Bd. 23 S. 349. Dagegen RG. Bd. 14 S. 20.

[2]) Staub a. a. O. Bd. 1 S. 464; Goldmann a. a. O. Bd. 2 S. 544; Seuffert a. a. O.; Reincke a. a. O. S. 19, 53, 54; RG. Bd. 32 S. 398, Bd. 35 S. 389, Bd. 17 S. 367, Bd. 3 S. 7, Bd. 5 S. 55 u. 70.

biet des Prozeßrechts ein selbständiges Rechtssubjekt sei, Gaupp-Stein a. a. O. auf dem Standpunkte der vollen Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft. Ihm schließen sich an Eccius,[1]) Neukamp,[2]) Schmidt.[3]) Zwar gehen Neukamp und Schmidt davon aus, daß die offene Handelsgesellschaft an und für sich keine juristische Person sei, doch folgern sie wie Gaupp die Rechtsfähigkeit, die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft aus den §§ 124, 129 Abs. 4 HGB.

Auf eine ganz besondere Art und Weise versucht Hellwig[4]) die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft zu begründen. Er konstruiert zu diesem Zwecke rechtlich selbständige Sondervermögen, wie eben das Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft, die er sich während der Dauer der „separatio“ als mit selbständiger Rechtsfähigkeit ausgestattet denkt. Es sei nur ein anderer Ausdruck, wenn man sage, sie würden als juristische Personen behandelt.

Diese Theorie des juristisch selbständigen Sondervermögens ist schon aus dem einen Grunde unhaltbar, weil sie dazu zwingt, auch anerkannt nicht rechtsfähigen Gebilden und Vermögensmassen die Rechtsfähigkeit zuzusprechen, ganz abgesehen davon, daß sich

---

[1]) In Goldschmidts Zeitschr. Bd. 32 S. 5.

[2]) a. a. O. S. 114ff.

[3]) a. a. O. S. 321ff.

[4]) a. a. O. S. 309ff.

im Gesetze nicht der geringste Anhalt findet für eine derartige Konstruktion rechtlich selbständiger Vermögensmassen.[1])

Das Gegenteil von dem Satze, die offene Handelsgesellschaft als solche sei Partei, ist die Ansicht, daß die einzelnen Gesellschafter die Prozeßparteien darstellen. Auf ihr fußt die Wachsche Theorie von der formellen Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft.

Wach[2]) führt aus: daraus, daß die Parteifähigkeit ein abgeleiteter Begriff sei, nämlich die privatrechtliche Rechtssubjektivität, die Fähigkeit, aktives und passives Subjekt ziviler Rechtsverhältnisse zu sein, folge, daß die Parteifähigkeit fehle, wenn die privatrechtliche Rechtsfähigkeit fehle, daß sie insoweit fehle, als diese ermangele, m. a. W., daß der beschränkten Rechtsfähigkeit beschränkte Parteifähigkeit entspreche.

Diese beschränkte Parteifähigkeit nennt nun Wach im Gegensatz zur echten vollen materiellen Parteifähigkeit: formelle Parteifähigkeit und sagt weiter: dem formellen Parteibegriff sei wesentlich die Eigenschaft der Person, Personenmehrheit oder Vermögensmasse als solcher, im eigenen Namen klagen oder verklagt werden zu können. Diese Fähigkeit einer Personenmehrheit, unter eigenem Namen als Partei aufzutreten, erscheine durchaus formell und berechtige zu keinerlei Übertragung

---

[1]) s. Arend a. a. O. S. 25.

[2]) a. a. O. S. 518ff.

der aus dem materiellen Parteibegriff folgenden Sätze: „Subjekt des Prozesses bleiben die unter dem Kollektivnamen begriffenen, materiell berechtigten Gesellschaftsmitglieder, wenngleich sie einheitlich repräsentiert werden". Und schließlich kommt Wach zu dem Satze: „Die wichtigste und interessanteste Erscheinungsform des formell parteifähigen Personenvereins bildet die offene Handelsgesellschaft".[1])

Diese Wachsche Theorie vermeidet zunächst den Fehler, einem nicht rechtsfähigen Personenverein volle Parteifähigkeit zuzusprechen.

Wach[2]) geht hier — mit Recht — davon aus, daß es sich bei der Frage nach der Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft nicht um einen Einzelfall handelt, daß vielmehr die offene Handelsgesellschaft unter die Gruppe derjenigen Personenmehrheiten gehört, die nicht juristische Personen sind. Diese entbehren durchaus der materiellen Parteifähigkeit mit Ausnahme der in § 50 Abs. 2 ZPO. erwähnten nicht rechtsfähigen Vereine, die für den Fall, daß sie verklagt werden, im Prozesse die Stellung rechtsfähiger Vereine haben. Zu solchen Vereinen ist jedoch die offene Handelsgesellschaft als eine Gesellschaft nicht zu rechnen. Die offene Handelsgesellschaft zählt also zu den nicht rechtsfähigen Personenmehrheiten. Sie kann aber laut gesetzlicher

---

[1]) vgl. Planck a. a. O. S. 210—212.

[2]) a. a. O. S. 520.

Vorschrift im eigenen Namen klagen und verklagt werden, d. h. es ist ihr die formelle Parteifähigkeit verliehen.

Wollte man den Grundgedanken der formellen Parteifähigkeit strikte durchführen, daß nämlich die einzelnen Gesellschafter als Streitgenossen die Prozeßparteien darstellen, obwohl sie einheitlich repräsentiert werden, so würde man zu Ergebnissen kommen, die der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung zuwiderlaufen. Vor allem ist dies der Fall bei Beantwortung der Fragen, ob die einzelnen Gesellschafter im Prozesse der Gesellschaft als Nebenintervenienten auftreten[1]) und ob die einzelnen Gesellschafter als Streitgenossen der Gesellschaft klagen und verklagt werden können.

Es handelt sich darum hier um folgende Feststellung: Wie weit ist bei der Frage, wer im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft Partei ist, die formelle Parteifähigkeit maßgebend und anwendbar?

Das Handelsgesetzbuch erkennt im Anschlusse an das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 718) das Vorhandensein eines vom Vermögen der einzelnen Gesellschafter verschiedenen Gesellschaftsvermögens an, verleiht ihm aber im Gegensatze zum Bürgerlichen Gesetzbuche durch die Vorschriften der §§ 124, 129 Abs. 4 HGB. eine größere

---

[1]) Hellwig a. a. O. S. 315ff.; Staub a. a. O. Bd. 1 S. 464ff.; RG. Bd. 45 S. 341, Bd. 5 S. 59.

Selbständigkeit, ohne freilich dadurch, wie oben festgestellt, die offene Handelsgesellschaft zur juristischen Person zu machen. Rechtsträger am Gesellschaftsvermögen sind auch bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter als Miteigentümer zur gesamten Hand. Subjekt eines Prozesses der Gesellschaft bleiben die zwar einheitlich benannten, aber materiell berechtigten Gesellschafter. Das Urteil ergeht für und wider sie, wennschon es auf den Namen der Gesellschaft lautet.[1])

Nun kommt aber die einschränkende Vorschrift des § 129 Abs. 4 HGB.: „Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt".

Dieser Satz scheint der Annahme, die Gesellschafter seien die Prozeßparteien, zu widersprechen; in Wahrheit gibt er nur eine Beschränkung. Zwar wird durch einen Prozeß gegen eine offene Handelsgesellschaft das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter insofern unmittelbar mitberührt, als sie einem die Gesellschaft verurteilenden Erkenntnisse gegenüber das Vorhandensein einer Gesellschaftsschuld, für die sie laut gesetzlicher Vorschrift mit ihrem Privatvermögen haften, nicht mehr wirksam in Abrede stellen können. Es ist ihnen aber unbenommen, ihre persönlichen Befreiungsgründe mit Erfolg geltend zu machen. Das bedeutet: Soweit die einzelnen Gesellschafter als Miteigentümer des Ge-

[1]) Wach a. a. O. S. 521.

sellschaftsvermögens in Frage kommen, werden sie vom Ausgange des Gesellschaftsprozesses unmittelbar berührt, sind sie also Parteien im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft. Soweit sie aber lediglich in Rücksicht auf ihr Privatvermögen mitbelangt sind, auf das möglicherweise der Gesellschaftsprozeß doch ohne Wirkung bleibt, können sie in diesem Prozesse in gewissen Fällen als Dritte erscheinen.

Wir gewinnen somit für die folgenden Untersuchungen nachstehende Leitsätze:

1. Im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft sind Partei die einzelnen Gesellschafter als Streitgenossen, soweit sie als Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens klagen und verklagt werden.

2. Mit Rücksicht auf ihr Privatvermögen können die Gesellschafter im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft in einzelnen im zweiten Teile besonders aufzuführenden Fällen die Rolle von Dritten spielen.

Im zweiten Teile der vorliegenden Abhandlung soll nun kurz besprochen werden, welche Folgeerscheinungen im Anschluß an die gefundenen Leitsätze im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft im einzelnen zu gelten haben.

Zweiter Teil.

I. Der Gerichtsstand der offenen Handelsgesellschaft.

Die offene Handelsgesellschaft hat nach § 17 ZPO. ihren allgemeinen Gerichtsstand dort, wo sie ihren Sitz hat, das heißt, wie Abs. 2 des angezogenen Paragraphen ausführt, im Zweifel an dem Ort, wo die Verwaltung geführt wird. Der Ort, wo die Verwaltung geführt wird, also der Ort, wo sich der Mittelpunkt der gesamten geschäftlichen Oberleitung befindet,[1]) ist aber nur dann Sitz der Gesellschaft, wenn nichts anderes erhellt, das bedeutet, soweit nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein anderer Sitz der Gesellschaft vereinbart[2]) und ins Handelsregister eingetragen ist. Denn nach § 106 HGB. muß jede offene Handelsgesellschaft bei dem Gerichte, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, ins Handelsregister eingetragen werden. Demnach kann auch die offene Handelsgesellschaft nur einen einheitlichen Sitz haben.[3]) Es ist für den allgemeinen Gerichtsstand der offenen Handelsgesellschaft selbstverständlich gleichgültig, wo die einzelnen Gesellschafter ihren Wohnsitz haben.

---

[1]) Gaupp-Stein a. a. O. Bd. 1 S. 59.

[2]) Gaupp-Stein ebenda.

[3]) s. Staub a. a. O. Bd. 1 S. 424; Hellmann a. a. O. S. 102; Reincke a. a. O. S. 19; Wach a. a. O. S. 404.

Wenn Abs. 3 des § 17 ZPO. bestimmt, daß neben dem allgemeinen Gerichtsstande ein durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelter Gerichtsstand zulässig sei, so wird durch diese Vorschrift jener Gerichtsstand niemals beseitigt, d. h. diese Vorschrift bedingt kein Entweder — oder. Das geht schon aus dem Wortlaute selbst hervor.[1])

Selbstverständlich finden laut § 35 ZPO. auf die offene Handelsgesellschaft auch die besonderen Gerichtsstände der §§ 21 ff. ZPO. in der Weise Anwendung, daß der Kläger unter mehreren zuständigen Gerichten die Wahl hat.

Hinsichtlich des Gerichtsstandes des § 29 ZPO. ist noch zu erwähnen, daß der für die offene Handelsgesellschaft begründete Erfüllungsort auch für die Gesellschafter Erfüllungsort ist, da der Rechtsgrund der Solidarhaft derselbe ist wie der Rechtsgrund der Gesellschaftsschuld.[2])

2. Der Gesellschafter als Streitgenosse der Gesellschaft; Haupt- und Nebenintervention; Prozeß der Gesellschaft gegen den Gesellschafter.

Da die Gesellschafter, und zwar primo loco zugleich mit ihrem privaten und dem Gesellschaftsvermögen, für

[1]) Gaupp-Stein a. a. O. S. 59 Bd. 1; Hahn-Mugdan a. a. O. Bd. 2 S. 6.

[2]) s. Staub a. a. O. Bd. 1 S. 487; RG. Bd. 32 S. 44.

die Gesellschaftsschulden haften, muß natürlich der Gläubiger der Gesellschaft das Recht haben, zugleich mit der Gesellschaft auch den einzelnen Gesellschafter zu verklagen.[1]) Es wird dies sogar mit Rücksicht auf § 129 Abs. 4 HGB. in den meisten Fällen tunlich sein. Wird aber im Prozesse der Gesellschaft der einzelne Gesellschafter mitverklagt, so liegt hier ein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO. nicht vor, da das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich nicht festgestellt werden kann, im Gegenteile hinsichtlich der persönlichen Befreiungsgründe der einzelnen Gesellschafter die Entscheidung des Rechtsstreits als Ganzen trotz der scheinbar widersprechenden Vorschrift des § 129 Abs. 1 HGB. hier verschieden ausfallen kann.[2])

Es ist nicht ersichtlich, warum eine Streitgenossenschaft zwischen Gesellschaft und Gesellschafter nur dann möglich sein soll, wenn die Gesellschaft als solche parteifähig wäre. Es ist oben festgestellt, daß hinsichtlich seines Privatvermögens der einzelne Gesellschafter im Prozesse der Gesellschaft die Stellung eines Dritten hat. Es steht somit außer jedem Zweifel, daß er hinsichtlich seines Privatvermögens also im Gesellschaftsprozesse als Streitgenosse der Gesellschaft in Betracht kommen kann.[3])

---

[1]) s. Staub a. a. O. Bd. 1 S. 491; Wach a. a. O. S. 518ff.; Hellwig a. a. O. S. 310 Fußnote 10.

[2]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 184.

[3]) Dagegen Arend a. a. O. S. 37.

Ebenso deutlich zeigt sich diese eigenartige Stellung des Gesellschafters als Dritten im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft, wenn ihm in Literatur und Rechtsprechung fast durchweg das Recht zugesprochen wird, im Gesellschaftsprozesse als Nebenintervenient aufzutreten,[1]) freilich, wie zuzugeben ist, in vielen Fällen auf Grund der Ansicht, daß die offene Handelsgesellschaft als solche Partei sei. Doch ist dies keineswegs erforderlich, denn, wie schon gesagt, in den Prozessen, die ein vertretungsberechtigter Gesellschafter namens der Firma führt, können andere Mitglieder als Nebenintervenienten auftreten, da sie in Ansehung ihres Privatvermögens nicht Partei sind. Wer aber in einem Prozesse nicht Partei ist — im weiteren Sinne[2]) —, ist notwendig Dritter.

Staub führt dazu aus: „Der einzelne Gesellschafter ist zwar im Gesellschaftsprozeß in gewisser Beziehung Partei, aber bei den unmittelbaren Folgen, welche der Ausfall des Gesellschaftsprozesses auf sein Privatvermögen haben kann, ist er wegen der Solidarhaft noch in anderer rechtlicher Beziehung bei dem Ausfalle des Prozesses interessiert und deshalb als Dritter zu betrachten".

---

[1]) Staub a. a. O. Anm. 9 zu § 124 HGB.; RG. Bd. 5 S. 69, Bd. 45 S. 341; Hellwig a. a. O. S. 310; Neukamp a. a. O. S. 39; Makower a. a. O. S. 228; Goldmann a. a. O. Bd. 2 S. 544; RG. Bd. 17 S. 365, Bd. 34 S. 362.

[2]) s. Wach a. a. O. S. 288.

Der einzelne Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft kann aus verschiedenen Rechtsgründen Ansprüche gegen die Gesellschaft haben;[1]) er kann diese Ansprüche auch unbestritten im Klagewege verfolgen.[2]) Hierbei ist jedoch zu beachten, daß bei den Ansprüchen aus §§ 110, 120 HGB., die sich nicht unmittelbar aus dem Gesellschaftsverhältnis ergeben, sondern als nicht vorauszusehende Ansprüche aus der Betätigung des Gesellschaftsverhältnisses entstehen, in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung ein Regreß gegen die Einzelgesellschaften auf Grund der Solidarhaft nicht stattfindet.

Anders ist dies bei Ansprüchen, die mit dem Gesellschaftsvertrage in keinem direkten Zusammenhang stehen, die z. B. durch den Abschluß eines Mietvertrages zwischen der Gesellschaft und einem einzelnen Gesellschafter entstanden sind. „Da in diesen Fällen", sagt Staub,[3]) „der Gesellschafter lediglich als Dritter der Gesellschaft gegenübersteht, so ist anzunehmen, daß er die andern Gesellschafter auf Grund ihrer Solidarhaft in Anspruch nehmen kann".

Es ist falsch, aus dem Umstande, daß der Gesellschafter einer offenen Handelsgellschaft gegen die Gesellschaft klagen kann, die Parteifähigkeit der offenen

---

[1]) z. B. §§ 110, 120, 122 HGB.

[2]) Staub a. a. O. Bd. 1 S. 431, 489.

[3]) a. a. O. Bd. 1 S. 489.

Handelsgesellschaft als solcher herzuleiten.[1]) Partei im Gesellschaftsprozesse ist die Gesamtheit der Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens. Klagt nun ein Einzelgesellschafter, der doch hinsichtlich seines Privatvermögens — und nur in dieser Hinsicht tritt er als Gläubiger der Gesellschaft auf — nicht Partei ist, so wiegt in diesem Falle sein Gläubigercharakter vor, und er tritt als klagender Gläubiger der Gesamtheit seiner Mitgesellschafter als beklagter Partei gegenüber.

Es beruht auf demselben Grundgedanken, wenn dem Einzelgesellschafter gestattet wird, im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft als Hauptintervenient nach § 64 ZPO. aufzutreten, also seinen Anspruch durch eine gegen die Gesellschaft und ihren Prozeßgegner gerichtete Klage geltend zu machen; wenn man weiter nicht Bedenken trägt, dem einzelnen Gesellschafter die Klage aus § 771 ZPO. zu gewähren für den Fall, daß ein gegen die Gesellschaft erlassenes Urteil unmittelbar in sein Vermögen vollstreckt wird. Das kann z. B. der Fall sein, wenn sich seine Sachen in den Räumen der Gesellschaft befinden und er aus irgendeinem persönlichen Befreiungsgrunde nicht haftet.[2])

---

[1]) Arend a. a. O. S. 54.

[2]) s. Staub a. a. O. Bd. 1 S. 467; Gaupp-Stein a. a. O. Bd. 1 S. 496; RG. Bd. 30 S. 388.

3. Die Vertretung der Gesellschaft im Prozeß; die Leistung der Schiedseide.

§ 125 Abs. 1 HGB. sagt:

„Zur Vertretung der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter ermächtigt". Es wird damit als Normalfall hingestellt, daß jeder Gesellschafter die Gesellschaft zu vertreten berechtigt ist.[1])

Die hier bestehende Vertretungsmacht ist zweifellos gesetzlich, auf gesetzlicher Vorschrift beruhend. Es ist aber bei gesetzlicher Vertretung zu unterscheiden zwischen einer gesetzlichen Vertretung prozeßunfähiger Parteien und einer gesetzlichen Vertretung prozeßfähiger Parteien.

Es ist klar, daß es sich bei der Vertretungsmacht der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft nicht um die Vertretung prozeßunfähiger Parteien handeln kann, da, wie oben erläutert wurde, die einzelnen Gesellschafter als Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens die Prozeßparteien darstellen. Sie sind aber prozeßfähig, soweit sie nur als einzelne den Anforderungen des § 51 ZPO. entsprechen.

Wach[2]) sagt hierzu etwa: Die gesetzlich abwendbare, also nicht notwendige Vertretung prozeßfähiger Personen, wie sie das Mitglied der offenen Handels-

---

[1]) Staub a. a. O. Bd. 1 S. 472.

[2]) a. a. O. S. 591 u. 531.

gesellschaft besitzt, ist ausschlußfähige gesetzliche Legitimation zur Vertretung. Jeder Gesellschafter vertritt kraft Gesetzes an und für sich die Gesellschafter, jedoch kann ihm durch Willensäußerung derselben die Vertretungsbefugnis entzogen werden. Die Gesetzlichkeit der Vertretung ist im allgemeinen nicht Gesetzlichkeit der Vertretung prozeßunfähiger Parteien.

Besondere Wichtigkeit erlangt diese Tatsache bei Beantwortung der Frage, von wem im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft die Schiedseide zu leisten sind. Folgerichtig von dem hier vertretenen Standpunkte aus, und unter Berücksichtigung des Satzes, daß Träger der Parteirolle die einzelnen Gesellschafter als Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens sind, müssen die Parteieide von jedem einzelnen Gesellschafter, auch von den von der Vertretung ausgeschlossenen, geleistet werden, es sei denn, daß der Eid die Wahrnehmungen oder die eigenen Handlungen nur einiger oder eines Gesellschafters betrifft. Er ist dann nur von diesen Gesellschaftern zu leisten.

4. Einrede der Rechtshängigkeit und Klagänderung.

Erhebt ein Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft gegen diese Klage wegen einer Gesellschaftsschuld, so ist in dem dadurch anhängig gewordenen Prozesse der einzelne Gesellschafter Mitpartei. Es wird also, wenn er selbst auf Grund seiner Solidarhaft in

einem zweiten Prozesse wegen dieser selben Gesellschaftsschuld in Anspruch genommen wird, für ihn die Einrede der Rechtshängigkeit begründet, da durch den Prozeß gegen die Gesellschaft für alle Gesellschafter — auch mit Rücksicht auf ihr Privatvermögen, in Anbetracht dessen sie im Gesellschaftsprozesse als Dritte zu betrachten sind — Rechtshängigkeit entsteht, ebenso wie ein gegen die Gesellschaft ergangenes Urteil gegen die einzelnen Gesellschafter insoweit Rechtskraft wirkt, als sie das Vorhandensein einer Gesellschaftsschuld nicht mehr mit Erfolg in Abrede stellen können. Es würde also in diesem zweiten Prozesse gegen denselben Schuldner derselbe Anspruch geltend gemacht. Damit sind aber die Voraussetzungen der Rechtshängigkeit gegeben. Diese Auffassung kann um so weniger auf Bedenken stoßen, als es ja, wie oben dargestellt wurde, dem Gläubiger der Gesellschaft unbenommen ist, neben der Gesellschaft im nämlichen Prozesse den Einzelgesellschafter auf Grund seiner Solidarhaft nach § 128 HGB. mit zu verklagen.[1]) Aber auch der gegen den Einzelgesellschafter wegen einer Gesellschaftsschuld anhängig gemachte Prozeß begründet für die offene Handelsgesellschaft die Einrede der Rechtshängigkeit.

Dagegen ist darin eine unzulässige Umänderung nach § 264 ZPO. nicht zu erblicken, wenn während schwebenden Prozesses die ursprünglich gegen die Gesellschaft

---

[1]) Staub a. a. O. Bd. 1 S. 469.

gerichtete Klage auf die einzelnen Gesellschafter ausgedehnt wird. Denn die Gesellschafter sind ja eben die Prozeßpartei, wenn auch nur in ihrer Zusammenfassung als Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens. Mit Rücksicht auf diese Einschränkung ist auch Staub nicht beizupflichten, wenn er sagt, daß dies keine wirkliche Ausdehnung und Erweiterung, sondern lediglich eine Erläuterung der Bezeichnung der Parteien sei.[1]) Im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft sind die Gesellschafter nur als Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens Partei, und es findet gegen sie aus dem gegen die Gesellschaft ergangenen Erkenntnis die Zwangsvollstreckung nicht statt. Dehnt aber der Kläger die Klage gegen die Gesellschaft auf die einzelnen Gesellschafter aus, um eben aus dem nunmehr von ihm zu erlangenden Erkenntnis gegen den Einzelgesellschafter die Zwangsvollstreckung betreiben zu können, so wird man das wohl ohne Zweifel als eine Klagerweiterung und nicht nur als eine Erläuterung der Bezeichnung der Parteien betrachten können. Immerhin wird man Bedenken tragen müssen, in dieser fraglos stattfindenden Erweiterung eine unstatthafte Klagänderung zu sehen, weil — genau betrachtet — der Kläger weiter nichts tut, als daß er sein Recht, neben der Gesellschaft die einzelnen Gesellschafter, die ihm ja sowieso verhaftet sind, als deren Streitgenossen zu verklagen, erst im

---

[1]) Staub a. a. O. Bd. 1 S. 491.

Laufe des Prozesses ausübt, ohne dadurch die Verteidigung der Beklagten wesentlich zu erschweren[1]) (§ 264 ZPO.).

Auf Grund derselben Erwägungen ist die Frage, ob die Klage gegen die offene Handelsgesellschaft im Laufe des Prozesses in eine Klage gegen die Gesellschafter umgewandelt werden kann, zu bejahen.

Entgegenstehender Ansicht ist das Reichsgericht in der Mehrzahl seiner Entscheidungen.[2]) Auch Staub steht in der 6./7. Auflage seines Kommentars[3]) noch auf dem Standpunkte des Reichsgerichts, hat ihn aber in der 8. Auflage aufgegeben,[4]) indem er eine solche Umwandlung der Klage für zulässig erklärt.

5. Der nicht vertretungsberechtigte Gesellschafter als Zeuge im Gesellschaftsprozesse.

Die Frage, ob der nicht vertretungsberechtigte Gesellschafter im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft als Zeuge vernommen werden kann, ist mit Rücksicht auf die hier vertretene Ansicht zu verneinen. Und in der Tat steht auch die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung, soweit nicht die

---

[1]) Staub a. a. O. Bd. 1 S. 491.

[2]) RG. Bd. 36 S. 139, Bd. 45 S. 341.

[3]) Staub in der 6./7. Aufl. Bd. 1 S. 395.

[4]) Staub a. a. O. Bd. 1 S. 491.

Gesellschaft als materiell parteifähig angesehen wird, auf dem genannten Standpunkt.

Es hat hier folgendes zu gelten:

Wenn auch der einzelne Gesellschafter im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft in gewissen Fällen (z. B. Nebenintervention) als Dritter in Betracht kommen kann, so genügen die hierfür maßgebenden Gründe doch nicht, um seine Vernehmung als Zeuge im Gesellschaftsprozesse zu ermöglichen; denn er ist eben doch mit Partei, und Personenverschiedenheit von der Partei ist eine unerläßliche Voraussetzung der Zeugnisfähigkeit.[1])

Immerhin ist neuerdings dieser Satz nicht unbestritten geblieben. So führt z. B. Schmidt[2]) in seinem Lehrbuch des Zivilprozeßrechts etwa folgendes aus:

Die Zivilprozeßordnung gehe bei ihren Bestimmungen über die Beweiserhebungen davon aus, daß als Zeugen diejenigen Personen nicht vernommen werden könnten, die durch Geständnis und Eid Prozeßstoff schafften. Diese Unterscheidung sei aber mit der von Partei und Dritten nicht gleichbedeutend. Vielmehr gäbe es dritte Personen, die nicht Partei seien und doch die Parteierklärungen im Prozesse abgäben, und es gäbe anderseits Parteien, die gleichwohl Geständnisse und Eide nicht ablegen könnten. Hieraus folge, daß auch dritte

[1]) RG. Bd. 17 S. 365, Bd. 32 S. 398; Goldmann a. a. O. Bd. 2 S. 544; Staub Bd. 1 S. 466.

[2]) a. a. O. S. 561 ff.; s. auch Jaeger, Konkursordnung Anm. 27 zu § 6.

Personen zeugnisunfähig, und daß anderseits Parteien zeugnisfähig sein könnten. In der Tat werde dieses Prinzip in seinem ersten Teile durch die Zivilprozeßordnung bestätigt, da der gesetzliche Vertreter der Partei im Zweifel die Eide für die Partei zu leisten habe und somit als Zeuge nicht vernommen werden könne.

Nur die Kehrseite hiervon sei, daß diejenigen Parteien, die im Prozesse durch gesetzliche Vertreter repräsentiert würden und die demgemäß nicht wirksam verhandeln, gestehen und schwören könnten, unbehindert zum Zeugnis herangezogen werden dürften. Zeugnisfähig sei deshalb, obwohl Partei, der Minderjährige usw.; auch der nicht firmierende Handelsgesellschafter, dieser selbst dann, wenn man im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter als die eigentlichen Parteien betrachte.

Diese Anschauung stehe zwar im Widerspruch mit der herrschenden Meinung. Gleichwohl müsse sie vom Standpunkt des geltenden Rechts und von dem des praktischen Interesses vertreten werden. Die Zivilprozeßordnung gehe im allgemeinen stillschweigend von der Ansicht aus, daß die Tatsachenkenntnis keiner Person für die Zwecke des Zivilprozesses verloren gehen solle.

Die eben vorgetragene Theorie fußt auf der in der vorliegenden Arbeit bekämpften Ansicht, daß die vertretungsberechtigten Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft die gesetzlichen Vertreter ihrer nicht prozeß-

fähigen Mitgesellschafter seien. Abgesehen davon, kann ihr aber auch schon deshalb nicht beigetreten werden, weil ihr Grundprinzip, die Tatsachenkenntnis keiner Person solle für den Zivilprozeß verloren gehen, bereits durch den Umstand gegenstandslos wird, daß nach der hier vertretenen Meinung die Parteieide von sämtlichen Gesellschaftern zu leisten sind.

6. Wechsel der Gesellschafter; Wegfall des gesetzlichen Vertreters; Auflösung der Gesellschaft.

Da im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter als Miteigentümer am Gesellschaftsvermögen Parteien sind, so ist ein Wechsel in ihrer Person für den Gang des Prozesses völlig belanglos und führt keine Änderung ihrer Parteistellung herbei. Der neu eintretende Gesellschafter wird ohne weiteres Mitpartei, während der ausscheidende Gesellschafter, wenn nach seinem Austritt die Gesellschaft von den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird, in den Prozeß verwickelt bleibt und von den übrigen Gesellschaftern vertreten wird. Er bleibt nach wie vor Prozeßpartei.[1])

Es ist dabei kein Unterschied zu machen, ob es sich um den Wegfall durch Tod, Austritt, Verlust der Prozeßfähigkeit oder Vertretungsmacht eines vertretungs-

[1]) Wach a. a. O. S. 531; s. auch Neukamp a. a. O. S. 39; Makower a. a. O. S. 228ff.; RG. Bd. 45 S. 340ff.

berechtigten Gesellschafters handelt oder um den Wegfall eines nicht vertretungsberechtigten Gesellschafters. Wenn auch, wie oben festgestellt wurde, die Vertretungsmacht eines Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft eine gesetzliche ist, so kann man doch von einem vertretungsberechtigten Gesellschafter nicht als von einem gesetzlichen Vertreter im Sinne der §§ 241, 246 ZPO. sprechen, daß nämlich das Verfahren beim Wegfall eines gesetzlichen Vertreters unterbrochen werde. In der angeführten Gesetzesstelle ist lediglich die Rede vom gesetzlichen Vertreter nicht prozeßfähiger Parteien. Das ergibt sich schon aus der weiteren Alternative des § 241 ZPO.: „hört die Vertretungsbefugnis auf, ohne daß die Partei prozeßfähig geworden ist".[1])

Wie steht es aber nun mit der Fortsetzung des Prozesses, wenn die offene Handelsgesellschaft im Laufe des Prozesses aufgelöst wird? Bei Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu unterscheiden, ob die Gesellschaft in Liquidation tritt, oder ob die Liquidation beendigt oder aus irgendeinem Grunde überhaupt nicht eingetreten ist.

Tritt Liquidation der offenen Handelsgesellschaft ein, so erlischt die Vertretungsbefugnis der firmierenden Gesellschafter. An ihre Stelle treten die Liquidatoren, und zwar sind dies im Zweifel laut der Vorschrift des

---

[1]) Dagegen Gaupp-Stein a. a. O. Bd. 1 S. 525; Staub a. a. O. Bd. 1 S. 466; RG. Bd. 34 S. 360.

§ 146 HGB. sämtliche Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft in Liquidation. Da von ihnen und ihrer Vertretungsmacht das über die Vertretungsmacht der Gesellschafter Gesagte zu gelten hat, so hat auch hier der Wechsel in der Person der Vertreter auf den Gang des Prozesses keinen Einfluß, da die an und für sich prozeßfähigen Parteien dieselben bleiben.[1])

Für den Fall aber, daß die Liquidation beendet ist, oder daß eine Liquidation gar nicht stattgefunden hat, hat in Übereinstimmung mit der fast konstanten Rechtsprechung des Reichsgerichts[2]) und im Anschluß an Staub[3]) folgendes zu gelten:

Die Gesamtheit aller Gesellschafter ist Prozeßpartei. Wird im Laufe des Prozesses die Gesellschaft unter der ebenerwähnten Voraussetzung des Wegfalls der Liquidation aufgelöst, so kann allerdings der Prozeß gegen die Gesellschaft in der alten Form nicht fortgeführt werden. Die Sache gestaltet sich vielmehr folgendermaßen: Das Band, das die Einzelgesellschafter zur Gesamtpartei vereinigte, ist zwar mit der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft entfallen; es bleibt aber dem Kläger gegenüber die Haftung aller bisherigen Gesellschafter, oder, wenn die Gesellschaft Klägerin war,

---

[1]) Dagegen Staub a. a. O. Bd. 1 S. 467.

[2]) RG. Bd. 46 S. 40, Bd. 35 S. 389, Bd. 34 S. 362.

[3]) Staub a. a. O. Bd. 1 S. 467; Goldmann a. a. O. Bd. 2 S. 545.

der ihnen als Miteigentümern des Gesellschaftsvermögens gemeinsame Anspruch bestehen. Es treten also nunmehr der anderen Partei die Gesellschafter als Prozeßgegner gegenüber, und zwar nicht mehr als geschlossene Gesamtheit, sondern als gewöhnliche — nicht notwendige — Streitgenossen.

Zu demselben Ergebnisse kommt selbstverständlich Wach, während diejenigen, die eine wirkliche materielle Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft verfechten, hier festzustellen gezwungen sind, daß eine Fortsetzung des Prozesses nach der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft ohne Liquidation bei der Unanwendbarkeit des § 239 ZPO. auf eine nichtphysische Person schlechterdings unmöglich ist.[1])

---

[1]) s. Arend a. a. O. S. 78.

Spezialdruckerei für Dissertationen Robert Noske, Borna-Leipzig.